

**Bericht zum Vorentwurf
einer Teilrevision des
Schweizerischen Zivilgesetzbuches
(Elterliche Sorge) und des
Schweizerischen Strafgesetzbuches
(Art. 220)**

Januar 2009

Übersicht

Nach geltendem Recht wird die elterliche Sorge im Fall einer Scheidung entweder der Mutter oder dem Vater übertragen. Das Gericht kann die elterliche Sorge aber auch bei beiden belassen, sofern dies mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist, ein gemeinsamer Antrag vorliegt und die Eltern dem Gericht eine Vereinbarung vorlegen, die ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten regelt. Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, steht die elterliche Sorge der Mutter zu. Die Eltern können aber auch in diesem Fall unter den gleichen Voraussetzungen wie bei der Scheidung das gemeinsame Sorgerecht erhalten.

Seit mehreren Jahren wird an dieser Rechtslage sowohl von Seiten der Politik wie von der Lehre und von Vätervereinigungen Kritik geübt. Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass die Regelung dem Wohl des Kindes zu wenig Rechnung trägt, da dieses für seine gedeihliche Entwicklung auf beide Elternteile angewiesen ist. Zudem behandelt sie Väter und Mütter nicht gleich. Im Fall einer Scheidung verliert ein Elternteil, meist der Vater, seine Rolle als Erzieher und Vertreter des Kindes. Häufig ist er danach nur noch ein Zahlvater mit Besuchsrecht. Das gemeinsame Sorgerecht, das solche unbefriedigende Situationen eigentlich verhindern sollte, ist bei der jetzigen Regelung nur beschränkt in der Lage, Abhilfe zu schaffen. Da ein gemeinsamer Antrag der Eltern vorausgesetzt wird, ist es nicht selten, dass ein Ehegatte seine Zustimmung davon abhängig macht, dass ihm anderweitige Vorteile eingeräumt werden, oder dass er die Zustimmung ohne Grund verweigert, was ein Quasi-Vetorecht bedeutet. Fehlt der gemeinsame Antrag, kann es keine gemeinsame elterliche Sorge geben. Gleichzeitig ist festzustellen, dass sich immer mehr Eltern für das gemeinsame Sorgerecht entscheiden. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das schweizerische Recht der Rechtsentwicklung in Europa hinterherhinkt. Die meisten europäischen Staaten sehen heute bei der Scheidung als Regel die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge vor.

Inskünftig soll deshalb auch in der Schweiz der Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge gelten, und zwar sowohl bei geschiedenen wie auch bei nicht miteinander verheirateten Eltern.

Der Revisionsentwurf zum Zivilgesetzbuch sieht die folgenden zentralen Neuerungen vor:

A. Geschiedene Eltern

Das Sorgerecht steht den Eltern auch nach einer Scheidung von Gesetzes wegen gemeinsam zu. Um sicherzustellen, dass es funktioniert, werden die Eltern verpflichtet, dem Gericht ihre Anträge bezüglich Betreuung und Unterhalt des Kindes zu unterbreiten. Ist es zum Wohl des Kindes geboten, kann das Gericht die elterliche Sorge einem Elternteil allein übertragen, sei es von Amtes wegen oder auf gemeinsamen Antrag der Eltern hin. Seine Entscheidung muss in jedem Fall vom Wohl des Kindes getragen sein.

B. Nicht miteinander verheiratete Eltern

Für Eltern, die nicht miteinander verheiratet sind, sieht der Vorentwurf eine differenzierte Lösung vor, je nachdem, ob das Kindesverhältnis zum Vater durch Anerkennung oder Vaterschaftsurteil begründet wird.

Im Fall der Anerkennung steht das Sorgerecht von Gesetzes wegen beiden Elternteilen zu. Eine Konvention in Bezug auf die Anteile an der Betreuung und am Unterhalt des Kindes ist dafür nicht Voraussetzung. Die Eltern verständigen sich unter sich. Gelingt ihnen dies nicht, können sie sich an die Kinderschutzbehörde wenden. Die elterliche Sorge kann auch dem Vater oder der Mutter allein übertragen werden, wenn beide Elternteile oder ein Elternteil dies verlangen. Fehlt es an einer Anerkennung des Kindes, steht die elterliche Sorge allein der Mutter zu.

Ergibt sich das Kindesverhältnis aufgrund eines Vaterschaftsurteils, verbleibt das elterliche Sorgerecht allein bei der Mutter. Allerdings kann der Vater verlangen, dass ihm das Sorgerecht gemeinsam mit der Mutter zugesprochen wird, sofern dies mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist.

Der Vorentwurf für eine Revision des Strafgesetzbuches sieht eine Änderung von Artikel 220 vor. Neu soll auch bestraft werden können, wer einen Elternteil daran hindert, sein Besuchsrecht auszuüben.

1 Ausgangslage

1.1 Geschichtlicher Hintergrund

Ein erster Anlauf im Jahr 1976

Seit über 30 Jahren wird über das Prinzip des gemeinsamen Sorgerechts diskutiert. 1976 schlug Nationalrat Condrau bei der Revision des Kindesrechts vor, dem Gericht die Möglichkeit einzuräumen, den Ehegatten bei einer Scheidung das gemeinsame Sorgerecht zu belassen¹. Der Gesetzgeber lehnte dies diskussionslos ab, weil er befürchtete, dass sich zu häufig Konflikte in Bezug auf die Betreuung der Kinder und den persönlichen Verkehr ergeben könnten. 1983 erklärte sich der Bundesrat in seiner Antwort auf das Postulat Mascarin (83.346) bereit, die Frage des gemeinsamen Sorgerechts der Eltern nach einer Scheidung zu prüfen. Seit 1988 sprachen auch vereinzelte erstinstanzliche Gerichte das Sorgerecht beiden geschiedenen Elternteilen gemeinsam zu. Das Bundesgericht stellte aber klar, dass das Schweizer Recht kein gemeinsames Sorgerecht vorsieht und es nicht Sache des Gerichts, sondern des Gesetzgebers sei, das gemeinsame Sorgerecht einzuführen.

Seit 2000: Gemeinsames Sorgerecht auf gemeinsamen Antrag

Die Frage des gemeinsamen Sorgerechts nach einer Scheidung stellte sich erneut bei der Revision des Scheidungs- und Kindesrechts², die am 1. Januar 2000 in Kraft getreten ist. Im Vernehmlassungsverfahren wurde der Vorschlag für die Einführung des gemeinsamen Sorgerechts mehrheitlich befürwortet. Trotzdem wollte der Gesetzgeber das gemeinsame Sorgerecht nicht zum Regelfall erklären, weil er der Meinung war, dieses entspreche nicht der schweizerischen Realität. Nur unter bestimmten Voraussetzungen sollten die Eltern die Möglichkeit erhalten, die elterliche Sorge weiterhin gemeinsam auszuüben. Die gleiche Möglichkeit räumte der Gesetzgeber auch jenen Eltern ein, die nicht miteinander verheiratet sind. Tatsächlich wäre es widersprüchlich gewesen, dieses Recht unverheirateten Eltern zu verweigern, das gleiche Recht aber geschiedenen Eltern einzuräumen. Nach Auffassung des Gesetzgebers durfte der Entscheid der Eltern, nicht zu heiraten, keine negativen Auswirkungen auf das Kind haben.

Seit 2004: Zahlreiche Begehren, das gemeinsame Sorgerecht als Regelfall vorzusehen

Die Frage der Einführung des gemeinsamen Sorgerechts als Regelfall hat seit 2004 an Aktualität gewonnen, wie verschiedene parlamentarische Vorstösse, diverse Studien und die Bemühungen verschiedener Organisationen betroffener Väter zeigen. Gestützt darauf wurde der vorliegende Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (VE-ZGB) ausgearbeitet.

¹ AB 1975 N 1777.

² Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung), BBl 1996 I 1 ff.

1.2 Geltendes Recht

1.2.1 Grundzüge

Übertragung der elterlichen Sorge an einen Elternteil bei Scheidung

Weitergeltung des gemeinsamen Sorgerechts aufgrund eines gemeinsamen Antrags der Eltern

Das neue Scheidungsrecht hat die frühere Sorgerechtsregelung nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Der Gesetzgeber hat vielmehr am Prinzip festgehalten, dass die elterliche Sorge bei einer Scheidung nur einem Elternteil übertragen wird (Art. 133 Abs. 1 Zivilgesetzbuch [ZGB]³). Auf gemeinsamen Antrag der Eltern kann das Gericht das Sorgerecht aber auch beiden belassen, sofern dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist und die Eltern dem Gericht eine genehmigungsfähige Vereinbarung über ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten vorlegen (Art. 133 Abs. 3 ZGB).

Übertragung der elterlichen Sorge an die Mutter bei nicht miteinander verheirateten Eltern

Gemeinsames Sorgerecht aufgrund eines gemeinsamen Antrags der Eltern

Sind die Mutter und der Vater nicht miteinander verheiratet, steht die elterliche Sorge nach dem Gesetz allein der Mutter zu (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Die Vormundschaftsbehörde kann das Sorgerecht aber auch in diesem Fall auf gemeinsames Begehren hin beiden Eltern übertragen (Art. 298a Abs. 1 ZGB). Um eine Diskriminierung zu vermeiden, wollte der Gesetzgeber das gemeinsame Sorgerecht dabei nicht von der Voraussetzung abhängig machen, dass die Eltern einen gemeinsamen Haushalt führen.

1.2.2 Kritik am geltenden Recht

Zu wenig berücksichtigtes Kindeswohl

Ungleichbehandlung von Vater und Mutter

Kommt es zu einer Scheidung, muss das Kind geschützt werden. Fachleute betonen, dass es für die harmonische Entwicklung eines Kindes wichtig ist, soweit möglich mit beiden Elternteilen eine enge Beziehung zu unterhalten. Die beste Lösung, um dieses Ziel zu erreichen, ist, dass die Eltern als Paar für das Kind verantwortlich bleiben, auch wenn die Ehe in die Brüche gegangen ist. Das setzt voraus, dass die Eltern zusammen die elterliche Sorge ausüben. Im Gegensatz dazu droht beim geltenden Recht, das auf dem Grundsatz des alleinigen Sorgerechts eines Elternteils steht, die Spaltung. Die Studie des Nationalfonds - Kinder und Scheidung: Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge⁴ (im Folgenden: NFP 52) - zeigt das folgende Bild: Bei den 2'112 befragten geschiedenen Paaren wurde in 61,5 %

³ SR 210.

⁴ Die Studie stand unter der Leitung der Professorinnen Andrea Büchler (Zürich) und Heidi Simoni (Zürich); vgl Ziff. 1.3.4
<http://www.nfp52.ch/d_dieprojekte.cfm?0=0&kati=0&Projects.Command=details&get=33>.

der Fälle das Sorgerecht allein der Mutter und nur in 3 % der Fälle allein dem Vater zugewiesen, während in 35,5 % der Fälle das gemeinsame Sorgerecht beibehalten wurde. Diese Zahlen entsprechen jenen des Bundesamtes für Statistik.

Zuweisung der elterlichen Sorge von 2000 bis 2006

Jahr	Mutter	Vater	Beide
2000	6 373	523	1 189
2001	8 569	682	2 861
2002	8 463	826	3 379
2003	8 744	734	3 319
2004	8 926	738	3 998
2005	10 898	935	4 487
2006	10 450	966	4 678
2007	8 846	745	4 981

Der Elternteil, dem die elterliche Sorge entzogen wird (meist handelt es sich dabei um den Vater), verliert seine Rolle als Vertreter und Erzieher des Kindes. Er sieht sich bloss noch als Zahlvater mit Besuchsrecht⁵. Dies schadet dem betroffenen Elternteil, dem die Verantwortung für das Kind entzogen wird und der sich damit dem Kind entfremdet. Noch schädlicher ist diese Lösung aber für das Kind, dessen Entwicklung dadurch schwer und dauerhaft gefährdet werden kann⁶. Weil die elterliche Sorge meist der Mutter zugesprochen wird, hat sie ferner die Möglichkeit, ihre Zustimmung zum gemeinsamen Sorgerecht von Zugeständnissen in anderen Punkten abhängig zu machen. Beispielsweise kann sie versuchen, auf diese Weise höhere Unterhaltsleistungen durchzusetzen. Sie kann ihre Zustimmung aber auch ohne Angabe von Gründen verweigern. Fehlt es an einem gemeinsamen Antrag, scheidet das gemeinsame Sorgerecht aus. Aus der Sicht des Kindes ist diese Situation unbefriedigend. Die geltende Regelung zum gemeinsamen Sorgerecht entspricht deshalb nicht dem Wohl des Kindes⁷.

Die Tatsache, dass die elterliche Sorge von Gesetzes wegen einem Elternteil allein übertragen wird (Art. 133 Abs. 1 ZGB), stiess denn auch bereits vor Inkrafttreten

⁵ Martin Stettler, Les décisions relatives à l'autorité parentale et aux mesures de protection de l'enfant liées au divorce, *in*: Pichonnaz/Rumo-Jungo (Hrsg.), *Enfant et divorce*, Genf/Zürich/Basel 2006.

⁶ AB 2005 N 1498.

⁷ AB 2005 N 1500.

des neuen Scheidungsrechts im Jahr 2000 auf Kritik⁸. Die kritischen Stimmen verstummten auch später nicht. Im Gegenteil verlangen grösser werdende Kreise aus Politik und Lehre sowie Vätervereinigungen eine Revision des Gesetzes mit dem Ziel, das gemeinsame Sorgerecht als Regelfall vorzusehen.

Eine von der gesellschaftlichen Entwicklung überholte Regelung

Immer mehr Eltern entscheiden sich heute für das gemeinsame Sorgerecht. Im Jahr 2000 galt bezogen auf die ganze Schweiz das gemeinsame Sorgerecht für 1189 Scheidungskinder (15 %). Im Jahr 2007 stieg diese Zahl auf 4981 (34 %). Dabei ist das gemeinsame Sorgerecht in den Kantonen der lateinischen Schweiz häufiger anzutreffen als in der Deutschschweiz (42 % gegen 30 % im Jahr 2007)⁹. Im Hinblick auf die im Ausland gemachten Erfahrungen darf man davon ausgehen, dass diese Zahlen ohne das faktische Vetorecht der Mutter noch höher lägen.

Die Studie NFP 52 zeigt, dass die grosse Mehrheit der Väter, die das Sorgerecht im Zusammenhang mit einer Scheidung verloren haben, sich dieses zurückwünschen¹⁰.

Überholte Regelung im Vergleich mit dem Ausland

Die Schweiz hinkt der Rechtsentwicklung in Europa hinterher. Die Mehrheit der europäischen Länder kennt heute die gemeinsame Sorge nach einer Scheidung als Regelfall (vgl. Ziff. 1.4.1). Die Schweiz hat sich immer um ein modernes Kindesrecht bemüht; eine Anpassung an die Gesetzgebung im Ausland ist deshalb wünschenswert.

1.3 Entstehung des Vorentwurfs für eine Revision des Zivilgesetzbuches

1.3.1 Postulat Wehrli

Das Postulat *Wehrli* (04.3250 - Elterliche Sorge. Gleichberechtigung) vom 7. Mai 2004 beauftragt den Bundesrat zu prüfen, wie die gemeinsame elterliche Sorge bei nicht oder nicht mehr miteinander verheirateten Eltern gefördert und ob sie zum

⁸ Martin Stettler, Les décisions relatives à l'autorité parentale et aux mesures de protection de l'enfant liées au divorce, *in*: Pichonnaz/Rumo-Jungo (Hrsg.), *Enfant et divorce*, Genf/Zürich/Basel 2006. Nach Dominique Manaï, Les enfants du divorce entre la déficience du couple conjugal et la survivance du couple parental, *in*: Bodenmann Guy/Perrez Meinrad (Hrsg.), *Le divorce et ses conséquences*, Freiburger Beiträge zur Familienforschung, Bern 1996, S. 212, "il eût été préférable de renverser la norme et d'établir la règle de l'autorité parentale conjointe comme principe. Elle permet à la relation parentale de survivre de toutes les façons quand bien même le couple conjugal est rompu. La responsabilité parentale qui découle de l'autorité conjointe se serait trouvée consacrée par la loi comme modèle de référence, conciliant les deux registres de la pérennité de la famille et de l'autonomie de l'individu. Ce renversement de la norme répond au souci de cohérence, dans la mesure où il respecte à la fois le vœu de la permanence de la structure familiale bicéphale (un père et une mère) en dépit de la séparation et les aléas du cheminement de la liberté des adultes."

⁹ Bundesamt für Statistik, Sektion Demografie und Migration, *Scheidungen: Zuteilung des Sorgerechts für unmündige Kinder*.

¹⁰ <http://www.nfp52.ch/d_dieprojekte.cfm?0=0&kati=0&Projects.Command=details&get=33>.

Regelfall gemacht werden könnte. Der Nationalrat hat das Postulat am 7. Oktober 2005 mit deutlicher Mehrheit überwiesen (136 gegen 44 Stimmen)¹¹.

Das Postulat weist darauf hin, dass das geltende Recht mit der Voraussetzung eines gemeinsamen Antrags der geschiedenen oder unverheirateten Eltern dem Vater keine Aussicht auf das gemeinsame Sorgerecht und damit auch auf die Ausübung seiner Verantwortung für die Erziehung des Kindes gibt, wenn sich die Mutter dieser Lösung widersetzt. In der Folge erhöht sich auch das Risiko, dass es später zu einem für das Kind nachteiligen Abbruch der Beziehung kommt.

Die vorliegende Vorlage trägt dem Postulat umfassend Rechnung.

1.3.2 Motion der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats

Die Motion der *Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats* (05.3713 - Scheidungsrecht. Überprüfung der Regelung betreffend Vorsorgeausgleich und Kinderbelange) vom 10. November 2005 beauftragt den Bundesrat, Fragen der Kinderbelange zu überprüfen und dem Parlament geeignete Revisionsvorschläge zu unterbreiten. Dabei soll er die Ergebnisse der Umfrage zum Scheidungsrecht bei Richtern bzw. Richterinnen und Anwälten bzw. Anwältinnen sowie Mediatoren bzw. Mediatorinnen (Bundesamt für Justiz, Mai 2005) berücksichtigen. Die Motion wurde am 15. März 2006 vom Nationalrat und am 19. Dezember 2006 vom Ständerat überwiesen.

1.3.3 Umfrage zum Scheidungsrecht bei Richter/innen und Anwält/innen sowie Mediatoren/Mediatorinnen (Mai 2005)

Mit dem Postulat Jutzet (00.3681 - Anwendung des neuen Scheidungsrechts) vom 13. Dezember 2000 wurde der Bundesrat eingeladen, bei den Praktikern Berichte über die Erfahrungen mit dem neuen Scheidungsrecht einzuholen und aufgrund der Ergebnisse gegebenenfalls frühzeitig eine Gesetzesrevision in die Wege zu leiten. In der Folge wurde ein Fragebogen an 160 Gerichte Erster und Zweiter Instanz, an 1510 auf das Scheidungsrecht spezialisierte Mitglieder des Schweizerischen Anwaltsverbandes und an den Verband der Mediatorinnen und Mediatoren verschickt. Insgesamt 950 Personen haben geantwortet.

Die Umfrage lässt nicht auf besondere Probleme im Zusammenhang mit dem gemeinsamen Sorgerecht schliessen¹². Die befragten Personen regten aber gewisse Verbesserungen für die Väter ohne Sorgerecht an; durch Ergänzung von Artikel 275a ZGB sollte ihnen ein eigentliches Mitbestimmungsrecht bei wichtigen Entscheidungen gewährt werden, insbesondere bei einem Wohnortswechsel ins Ausland. Ferner sollten gewisse Behörden (so beispielsweise die Schule) verpflichtet werden, systematisch beide Elternteile zu informieren. Empfohlen

¹¹ AB 2005 N 1502.

¹² Bericht über die Umfrage zum Scheidungsrecht bei Richter/innen und Anwält/innen sowie Mediatoren/Mediatorinnen (Zusammenfassung der Ergebnisse), Bundesamt für Justiz, Mai 2005, Ziff. 11.

wurde auch ein konsequenter Gebrauch von Artikel 292 StGB und Bussen bei Missachtung des Besuchsrechts durch jenen Elternteil, bei dem das Kind lebt. Der Vollzug sollte ganz generell verbessert werden, nötigenfalls mittels Androhung pekuniärer Nachteile. Angeregt wurde ferner, das Besuchsrecht als Verpflichtung auszugestalten. Verlangt wurde auch eine grosszügigere Ausgestaltung des Besuchsrechts. Ebenfalls ein Thema waren die Beratung und Mediation, allenfalls auch gegen den Willen der Beteiligten. Schliesslich wurden mehr Krippen und die Förderung von Teilzeitstellen gefordert.

1.3.4 Schweizerischer Nationalfonds (NFP 52): Kinder und Scheidung: Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiale Übergänge

Der Nationalfonds hat zwischen Ende 2004 und Mitte 2006 eine Studie zum Thema Kinder und Scheidung durchgeführt¹³. Die Studie stand unter der Leitung der Professorinnen Andrea Büchler und Heidi Simoni und erfasste 2'112 geschiedene Väter und Mütter aus den Kantonen Zürich, Basel-Stadt und Basel-Land.

Aus der Studie geht hervor, dass 86 % der geschiedenen Eltern ihre Aufgaben nach traditionellem Rollenmodell verteilen, und zwar unabhängig von der Sorgerechtsregelung. Auch bei gemeinsamem Sorgerecht wird nur in 16 % der Fälle das Kind auch im Alltag von beiden Eltern tatsächlich gemeinsam betreut.

Liegt die elterliche Sorge allein bei der Mutter, wünschen sich 75 % der Väter, die letztlich über ein Besuchsrecht verfügen, an der elterlichen Sorge teilzuhaben, während dieser Wunsch nur von 10 % der betroffenen Mütter geteilt wird. Hatten sich die Eltern bei der Scheidung für das gemeinsame Sorgerecht entschieden, gleichzeitig aber an der traditionellen Rollenverteilung festgehalten, wünschen sich nachträglich 29 % der Mütter und 9 % der Väter die Übertragung des Sorgerechts auf nur einen Elternteil.

1.4 Rechtsvergleichung und Verhältnis zum internationalen Recht

1.4.1 Rechtsvergleichung

Die allgemeine Entwicklung in Europa geht in Richtung einer Verbesserung der rechtlichen Situation des Vaters, und zwar auch dann, wenn dieser nicht mit der Mutter verheiratet ist. Im Allgemeinen bevorzugen die europäischen Gesetzgeber die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge sowohl für die geschiedenen als auch für die nicht miteinander verheirateten Eltern. Die Modalitäten der gemeinsamen Ausübung des Sorgerechts sind jedoch je nach Land sehr unterschiedlich ausgestaltet.

¹³ <http://www.nfp52.ch/d_dieprojekte.cfm?0=0&kati=0&Projects.Command=details&get=33>.

Deutschland

Die Eltern üben nach der Scheidung die elterliche Sorge weiterhin gemeinsam aus. Auch das Obhutsrecht steht den Eltern gemeinsam zu. Das Gericht kann die Beendigung der gemeinsamen elterlichen Sorge in zwei Fällen verfügen: auf gemeinsamen Antrag der Eltern hin (wobei ein Kind, das älter als 14 Jahre ist, dies durch seinen Widerspruch verhindern kann), oder wenn das Kindesinteresse dies verlangt. Um andauernde Konflikte zwischen den Eltern über die Ausübung der elterlichen Sorge zu vermeiden, sieht das Gesetz eine Aufteilung der Kompetenzen vor. Danach müssen Eltern Entscheide von erheblicher Bedeutung für das Kind gemeinsam fällen. Dagegen trifft derjenige Elternteil, der die Obhut über das Kind hat, die Entscheidungen des täglichen Lebens allein.

Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, nachdem sie vor oder nach der Geburt vor einem Notar oder beim Jugendamt eine entsprechende Erklärung abgegeben haben. Die gemeinsame elterliche Sorge hängt nicht vom Zusammenleben der Eltern ab. Die Behörde, welche die Erklärung entgegennimmt, ist nicht berechtigt, die Opportunität dieser Lösung zu überprüfen. Sie muss die Erklärung entgegennehmen. Sie prüft auch nicht, ob die gemeinsame elterliche Sorge im Interesse des Kindes liegt. Wenn die Eltern keine gemeinsame Erklärung abgegeben haben, obliegt die elterliche Sorge ausschliesslich der Mutter. Der Vater hat das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kind.

Österreich

Auch nach der Scheidung behalten die Eltern die gemeinsame elterliche Sorge. Sie müssen sich darüber einigen, bei welchem Elternteil das Kind leben wird. Dieser Elternteil hat das Obhutsrecht. Die Konvention muss vom Gericht genehmigt werden. Wenn die Eltern keine Vereinbarung treffen oder wenn diese nicht im Einklang mit dem Kindeswohl steht, obliegt es dem Gericht, das Obhutsrecht einem der Eltern zuzuteilen. Wenn die Eltern das Obhutsrecht gemeinsam ausüben und ein Elternteil die Beendigung dieser gemeinsamen Ausübung wünscht, überträgt das Gericht das Sorgerecht unter Wahrung des Kindeswohls an einen Elternteil.

Wenn die Eltern nicht miteinander verheiratet sind, steht die elterliche Sorge der Mutter zu. Die Eltern können jedoch die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge beantragen, vorausgesetzt sie wohnen zusammen. Ist dies nicht der Fall, können die Eltern in einer Vereinbarung die Ausübung der elterlichen Sorge im Allgemeinen regeln oder das Obhuts- bzw. Besuchsrecht.

Belgien

Im Falle einer Scheidung kommt die elterliche Sorge dem Vater und der Mutter gemeinsam zu, unabhängig davon, ob die Eltern zusammenleben oder nicht. Vorausgesetzt ist indessen, dass kein anderslautendes Gerichtsurteil vorliegt. Die Eltern müssen sich über die Obhut sowie über die wichtigen Entscheide für das Kind verständigen. Fehlt eine Vereinbarung oder widerspricht sie den Interessen des Kindes, kann das Gericht die elterliche Sorge ausschliesslich dem Vater oder der Mutter zuteilen. Der Elternteil ohne Sorgerecht hat Anspruch auf persönlichen Verkehr mit dem Kind.

Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet und ist das Kindesverhältnis zu beiden Eltern hergestellt, üben sie gemeinsam die elterliche Sorge aus, und zwar

unabhängig davon, ob sie zusammenleben oder nicht. Wie bei der Scheidung kann das Gericht die elterliche Sorge einem Elternteil allein zuweisen.

Frankreich

Im Prinzip üben Vater und Mutter auch nach der Scheidung die elterliche Sorge weiterhin gemeinsam aus. Das Gericht kann jedoch die elterliche Sorge nur einem Elternteil zuweisen, wenn das Interesse des Kindes dies verlangt. Der Elternteil, der die elterliche Sorge verliert, hat ein Besuchsrecht und das Recht, über wichtige Entscheidungen, die das Leben des Kindes betreffen, informiert zu werden.

Auch für Eltern, die nicht miteinander verheiratet sind, gilt der Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge, und zwar unabhängig davon, ob sie zusammenleben oder nicht. Eine Ausnahme wird gemacht, wenn die Abstammung des Kindes von einem Elternteil bereits erstellt ist und der andere Elternteil das Kind im ersten Jahr nach der Geburt nicht freiwillig anerkennt, oder wenn die Abstammung zwar gerichtlich festgestellt ist, das über die Abstammung urteilende Gericht dem betreffenden Elternteil aber die elterliche Sorge nicht zuteilt. In diesen Fällen ist nur der bereits feststehende Elternteil Inhaber der elterlichen Sorge. Die Mutter und der Vater können allerdings durch gemeinsame Erklärung vor dem Tribunal de Grande Instance vereinbaren, die elterliche Sorge gemeinsam auszuüben. Die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge kann ausserdem auch in einem Urteil des Familiengerichts angeordnet werden.

Italien

Im Falle einer Scheidung bleiben beide Eltern Inhaber der elterlichen Sorge. Allerdings steht die Ausübung des Sorgerechts ausschliesslich dem obhutsberechtigten Elternteil zu. Entscheidungen, die für das Kind von grosser Bedeutung sind, müssen jedoch von beiden Eltern gemeinsam getroffen werden. Der Elternteil, dem keine Obhutsberechtigung zukommt, hat das Recht und die Pflicht, auf die Erziehung des Kindes zu achten. Er kann das Gericht anrufen, wenn er der Auffassung ist, dass Entscheidungen gegen die Interessen des Kindes getroffen werden.

Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet und ist das Kind von beiden Elternteilen anerkannt worden, steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, wenn sie zusammenleben. Wenn dies nicht der Fall ist, obliegt die elterliche Sorge demjenigen Elternteil, mit dem das Kind lebt, oder, wenn das Kind mit keinem der Eltern zusammenlebt, dem Elternteil, welcher das Kind als erstes anerkannt hat.

England und Wales

Eltern, die sich scheiden lassen, üben die elterliche Sorge weiterhin gemeinsam aus. Sie regeln selbständig die Obhut über das Kind und die Beziehungen desselben mit jedem von ihnen. Der Elternteil, bei dem das Kind wohnt, trifft die laufenden Entscheidungen des täglichen Lebens, während die Eltern über die wichtigeren Fragen weiterhin gemeinsam befinden. Das Gericht entscheidet über das Sorgerecht im Allgemeinen oder über besondere Fragen bei der Erziehung des Kindes nur dann, wenn die Eltern nicht zu einer Einigung gelangen oder wenn durch die Lösung, die sie getroffen haben, das Wohl des Kindes gefährdet wird.

Wenn die Eltern nicht miteinander verheiratet sind, kann der Vater die gemeinsame elterliche Sorge unabhängig von einem Zusammenleben mit der Mutter erhalten,

sofern die Eltern eine diesbezügliche Einigung treffen; diese muss in Anwesenheit eines Vermittlungsrichters oder Gerichtsschreibers unterzeichnet und beglaubigt werden. Anschliessend wird die Vereinbarung beim Kanzleivorsteher des High Court in London deponiert und kann auch der Öffentlichkeit bekannt gemacht werden. Der Vater kann ausserdem beantragen, dass ihm die elterliche Sorge durch gerichtliche Verfügung zugeteilt wird. Das Gericht entspricht dem Begehren, sofern nicht mit guten Gründen befürchtet werden muss, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kind schaden könnte.

Dänemark

Bei einer Scheidung können die Eltern vereinbaren, die elterliche Sorge weiterhin gemeinsam auszuüben. Eine solche Vereinbarung kann mit Hilfe des von der zuständigen Behörde vorbereiteten Formulars erstellt werden; eine Registrierung bei der Behörde ist dagegen für die Verbindlichkeit nicht notwendig. Wenn sich die tatsächlichen Umstände in der Folge erheblich ändern, hat die Behörde jedoch die Befugnis, die Vereinbarung anzupassen.

Ein neues Gesetz, welches am 1. Oktober 2007 in Kraft getreten ist, unterstreicht die Bedeutung der Kooperation zwischen den Eltern im Interesse und zum Wohle des Kindes. Die gemeinsame elterliche Sorge setzt voraus, dass sich die Eltern über alle wichtigen Fragen, welche das Kind betreffen, einschliesslich der Wahl des Wohnortes, einig sind. Wenn sie sich über eine andere Frage nicht verständigen können, veranlasst die zuständige Behörde ein Gespräch mit den Eltern und trifft in letzter Instanz selbst eine Entscheidung.

Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, steht der Mutter in den folgenden Fällen die elterliche Sorge allein zu: wenn dies so zwischen den Eltern vereinbart wurde; wenn die zuständige Behörde oder das Gericht dies beschlossen hat; wenn der Vater das Kind nicht anerkannt hat; wenn der Vater seit zehn Monaten nicht mit dem Kind und der Mutter zusammenwohnt. In allen anderen Fällen kommt die elterliche Sorge grundsätzlich beiden Eltern gemeinsam zu.

Der Umzug eines Elternteils mit oder ohne elterlicher Sorge ins Ausland oder innerhalb des Landes muss dem anderen Elternteil sechs Wochen im Voraus zur Kenntnis gebracht werden, damit die Frage der elterlichen Sorge erneut überprüft und eine Entscheidung getroffen werden kann, was die beste Lösung für das Kind ist.

Auch wenn das Kind nur mit einem Elternteil zusammenwohnt, hat es stets Anspruch auf persönlichen Verkehr mit dem anderen Elternteil. Der Elternteil, der nicht Inhaber der elterlichen Sorge ist, hat ausserdem Anspruch auf Information und auf Teilnahme am gesellschaftlichen Leben des Kindes.

1.4.2 Verhältnis zum internationalen Recht

1.4.2.1 Europarat

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten

Die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge setzt sich in Gesetzgebung und Rechtsprechung der Vertragsstaaten der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) zunehmend durch. Trotzdem kann

aus Artikel 8 EMRK, der das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gewährleistet, vorerst keine diesbezügliche Verpflichtung der Vertragsstaaten abgeleitet werden¹⁴.

Der VE-ZGB baut auf dem Grundsatz des gemeinsamen Sorgerechts als Regelfall auf. Zu prüfen bleibt, ob das Recht des Kindes auf Achtung seines Privat- und Familienlebens dadurch verletzt werden kann, dass die elterliche Sorge ausnahmsweise einem Elternteil allein zugewiesen wird. Mit Blick auf die vielfältigen Garantien, die die Vorlage diesbezüglich vorsieht, ist die Frage zu verneinen.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass der VE-ZGB im Einklang mit dem internationalen Menschenrechtsschutz steht.

Weitere Instrumente

Das Ministerkomitee des Europarats hat am 28. Februar 1984 eine Empfehlung in Bezug auf die elterliche Verantwortung angenommen¹⁵. Diese enthält die folgenden Grundsätze: Bei einer Scheidung wird die Verantwortung für das Kind auf die beiden Ehegatten aufgeteilt oder, sofern sie dies wünschen, von beiden gemeinsam wahrgenommen. Kommt ein Kind ausserhalb einer Ehe zur Welt und ist das Kindesverhältnis nur zu einem Elternteil begründet, steht diesem die elterliche Verantwortung zu. Ist das Kindesverhältnis zu beiden Elternteilen begründet, haben die Mitgliedstaaten die Wahl, 1) dass die elterliche Verantwortung allein der Mutter zusteht, 2) dass die elterliche Verantwortung allein dem Vater zusteht, wenn eine Behörde so entschieden hat oder sich die Eltern auf diese Lösung verständigen, 3) dass die Verantwortung für das Kind von der zuständigen Behörde auf beide Elternteile verteilt wird oder 4) dass beide Elternteile zusammen die elterliche Verantwortung ausüben, vorausgesetzt, sie leben zusammen oder sie haben sich darauf verständigt.

Unabhängig von der gewählten Lösung sind beide Eltern unterhaltspflichtig. Der Elternteil ohne Obhut muss die Möglichkeit haben, eine persönliche Beziehung zum Kind aufrechtzuerhalten, es sei denn, diese Beziehung verletze das Wohl des Kindes in schwerwiegender Weise.

Teilen sich die Eltern in die elterliche Verantwortung, müssen sie Entscheidungen, die das Wohl des Kindes betreffen, gemeinsam fällen. Gelingt ihnen dies nicht, muss die von einem Elternteil angerufene zuständige Behörde vermitteln, wenn es die Interessen des Kindes erfordern. Bleibt die Vermittlung erfolglos, hat sie einen angemessenen Entscheid zu treffen.

Steht die elterliche Verantwortung beiden Eltern zu und stirbt ein Elternteil, übt der andere Elternteil inskünftig die elterliche Verantwortung allein aus. Wenn der Elternteil stirbt, der das Sorgerecht bisher allein ausgeübt hat, soll das Sorgerecht vom überlebenden Ehegatten ausgeübt werden, es sei denn, das Kindeswohl verlange nach einer anderen Lösung.

¹⁴ Vgl. Entscheid der ehemaligen Kommission vom 15. März 1984 im Fall B., R und J gegen Deutschland, D.R. 36, S.138 ff., und Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage, München Basel Wien 2008, S. 213. Teilweise anderer Meinung: Felix Schöbi, Stiefkindadoption und Konkubinat, recht 2008, S. 99 ff. (S. 105 f.).

¹⁵ Recommendation (84) 4.

Der VE-ZGB steht im Einklang mit der Empfehlung.

1.4.2.2 Recht der Europäischen Union

Im Recht der Europäischen Union (EU) ist die elterliche Sorge kein Thema. Zuständig für die Regelung der Frage ist der Mitgliedsstaat, in dem das Kind wohnt. Gleichzeitig will die EU für Kinder ein rechtssicheres Umfeld schaffen, indem die Sorgerechtsentscheidungen innerhalb der EU anzuerkennen sind. In diesem Sinn hält die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000¹⁶ fest, welcher Mitgliedsstaat für eine Scheidung und die Regelung der elterlichen Sorge zuständig ist und wie eine Entscheidung in Bezug auf die elterliche Sorge in einem andern Mitgliedsstaat anerkannt und vollstreckt wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Recht des Kindes, angehört zu werden, Grundrechtscharakter hat und Eingang in die Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹⁷ gefunden hat. Die Meinung eines Kindes ist deshalb in allen Angelegenheiten, die es betreffen, in einer seinem Alter und seinem Reifegrad entsprechenden Weise zu berücksichtigen.

1.4.2.3 UNO

Das Übereinkommen der UNO über die Rechte des Kindes¹⁸, das für die Schweiz am 26. März 1997 in Kraft getreten ist, verpflichtet die Vertragsstaaten, dafür zu sorgen, dass ein Kind, das von seinen Eltern oder einem Elternteil getrennt ist, regelmässige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu ihnen oder ihm pflegen kann, es sei denn, sein Wohl spricht gegen diese Lösung (Art. 9 Abs. 3). Ferner hat das Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht, sich in allen es berührenden Angelegenheiten frei zu äussern; die Meinung des Kindes ist in der Folge angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen (Art. 12). Der VE-ZGB entspricht den Vorgaben dieses Übereinkommens.

1.5 Vorgeschlagene Lösung

Nach einer Scheidung: Festhalten am gemeinsamen Sorgerecht von Gesetzes wegen

Der VE-ZGB geht vom Grundsatz aus, dass die Ehegatten nach der Scheidung das Sorgerecht gemeinsam ausüben. Um das Funktionieren dieser Lösung in einer möglichst guten Art sicherzustellen, müssen die Eltern dem Gericht ihre Anträge in Bezug auf Betreuung und Unterhalt unterbreiten.

¹⁶ ABl. Nr. L 338 vom 23.12.2003, S. 1.

¹⁷ ABl. Nr. C 303 vom 14.12.2007, S. 1.

¹⁸ SR **0.107**.

Das Scheidungsgericht kann einem Elternteil aber von Amtes wegen oder auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge entziehen, sofern Grund zur Annahme besteht, dass das gemeinsame Sorgerecht nicht dem Kindeswohl entspricht. Es kann das Sorgerecht auch einem Elternteil allein übertragen, wenn ein entsprechender gemeinsamer Antrag vorliegt. Auch dieser Entscheid muss vom Kindeswohl getragen sein.

Nicht miteinander verheiratete Eltern: Gemeinsames Sorgerecht von Gesetzes wegen im Fall einer Anerkennung; alleiniges Sorgerecht der Mutter im Fall eines Vaterschaftsurteils

Für Eltern, die nicht miteinander verheiratet sind, sieht der VE-ZGB unterschiedliche Lösungen vor, je nachdem, ob das Kindesverhältnis zum Vater auf Anerkennung oder einem Vaterschaftsurteil beruht.

Bei einer *Anerkennung* steht die elterliche Sorge von Gesetzes wegen Vater und Mutter gemeinsam zu. Die Eltern sind dabei nicht gehalten, eine Konvention in Bezug auf ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten abzuschliessen. Sie verständigen sich unter sich. Gelingt ihnen dies nicht, können sie sich an die Kindesschutzbehörde wenden. Die Frage, ob das gemeinsame Sorgerecht dem Kindeswohl dient, wird nicht von Amtes wegen geprüft, sondern nur dann, wenn ein Elternteil verlangt, dass ihm das Sorgerecht allein zugewiesen wird. Die Zuweisung der elterlichen Sorge an einen Elternteil allein ist möglich, wenn ein gemeinsamer Antrag vorliegt oder wenn ein Elternteil dies verlangt. Der Entscheid des Gerichts hat das Kindeswohl zu gewährleisten. Fehlt es an einer Anerkennung, steht die elterliche Sorge von Gesetzes wegen der Mutter allein zu.

Geht das Kindesverhältnis auf eine *Vaterschaftsklage* zurück, verbleibt die elterliche Sorge von Gesetzes wegen ebenfalls allein bei der Mutter. Der Vater kann aber beim Gericht das Sorgerecht zusammen mit der Mutter beantragen, sofern dies mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist.

1.6 Gründe für die vorgeschlagene Lösung¹⁹

Förderung des Kindeswohls durch gemeinsame Elternschaft; Gleichstellung von Vater und Mutter

Mit der Zuweisung der elterlichen Sorge an nur einen Elternteil wird dem andern ohne weitere Begründung das Sorgerecht entzogen. Im Gegensatz dazu setzt das gemeinsame Sorgerecht die gemeinsame Verantwortung des Elternpaares trotz Scheidung fort und verwirklicht so die Gleichstellung von Vater und Mutter. Die Bedeutung beider Elternteile wird damit anerkannt. Beide sind in gleicher Weise für die Erziehung des Kindes verantwortlich. Mit dem gemeinsamen Sorgerecht kann verhindert werden, dass es zu einem Bruch zwischen dem Kind und einem Elternteil kommt, wie dies bei alleinigem Sorgerecht häufig der Fall ist. Weil das alleinige

¹⁹ Was das gemeinsame Sorgerecht betrifft, so wird heute hauptsächlich auf eine Studie Bezug genommen: Jene für Deutschland durchgeführte von Professor Roland Proksch, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts, Bundesanzeiger (Hrsg.), Köln 2002. Die Argumente von Proksch finden sich auch in der Begründung des Postulats Wehrli wieder.

Sorgerecht meist der Mutter zugewiesen wird (vgl. Ziff. 1.2.2), leidet darunter hauptsächlich die Beziehung zum Vater. Die Bedeutung auch des Vaters für die gedeihliche Entwicklung des Kindes ist heute allgemein anerkannt. Entsprechend verlangen Väter, insbesondere diejenigen der jüngeren Generation, mit Nachdruck eine Neuregelung. Wie die Studie NFP 52 zeigt, wünschten sich 75 % der Männer das gemeinsame Sorgerecht, wo dieses ausschliesslich der Mutter zustand; blieb es nach der Scheidung beim gemeinsamen Sorgerecht, waren 91 % der Männer mit dieser Lösung zufrieden, während sich 29 % der Mütter das alleinige Sorgerecht wünschten.

Aus der Umfrage des Bundesamtes für Justiz vom Mai 2005 zum Scheidungsrecht bei Richter/innen und Anwälte/innen sowie Mediatoren/Mediatorinnen²⁰ ergibt sich ferner, dass die gemeinsame elterliche Sorge als relativ stabil wahrgenommen wird. Die 26 % der Umfrageteilnehmer, die diese Frage beantworteten, schätzten, dass lediglich zwischen 1 % und 10 % der Fälle später neu zu regeln waren.

Reduktion nachteiliger Scheidungsfolgen für das Kind

Die Scheidung der Eltern stellt für die meisten Kinder eine schmerzhaft Erfahrung dar. Die Familiengemeinschaft bricht auseinander, und ein Elternteil - meist der Vater - verlässt den gemeinsamen Haushalt. Mit der Zuweisung der elterlichen Sorge an einen Elternteil zerbricht nicht nur die Ehe, sondern auch die Elternschaft. Die Gefahr eines Bruchs zwischen dem Kind und dem Elternteil, der die elterliche Sorge verliert, ist gross.

Demgegenüber treffen die Eltern, wenn ihnen das Sorgerecht gemeinsam zusteht, weiterhin die das Kind betreffenden Entscheide gemeinsam, wie dies bereits während der Ehe der Fall war. Entsprechend bleibt eine enge Beziehung zwischen dem Kind und seinen Eltern bestehen. Dies bedeutet für das Kind auch Aussicht auf eine gewisse Stabilität. Damit können die schmerzvollen Auswirkungen einer Scheidung deutlich verringert werden. Das Kind wird in keinen Loyalitätskonflikt mit seinen Eltern gedrängt.

Bessere Kommunikation und mehr Kooperation der Eltern in Bezug auf das Kind

Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht kommen besser miteinander aus, als wenn die elterliche Sorge einem Elternteil allein zugewiesen wird. Ihre Beziehung gestaltet sich konstruktiver.

Bereitschaft zur Verständigung; weniger Konflikte

Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht bewältigen den Alltag ihres Kindes leichter und auch in einer ihnen selber besser entsprechenden Weise; es kommt deshalb auch seltener zu Konflikten zwischen den Eltern. Von der besseren Beziehung der Eltern untereinander profitiert selbstverständlich auch das Kind.

Höhere Zahlungsmoral in Bezug auf Unterhaltsleistungen

Bei gemeinsamem Sorgerecht wird der Unterhaltspflicht in 76,6 % der Fälle entsprochen, während dieser Prozentsatz bei alleinigem Sorgerecht nur bei 58,1 % liegt²¹. Man kann diesen Unterschied damit erklären, dass die Fortgeltung des

²⁰ Ziff. 11.3.

²¹ Proksch, op. cit., S. 406.

Sorgerechts die gesetzliche und soziale Anerkennung der Rolle als Eltern bedeutet und so das Verantwortungsgefühl dem Kind gegenüber stärkt²². Kein Elternteil wird auf die Rolle des "Zahlvaters" reduziert.

Diese Überlegungen gelten *mutatis mutandis* auch für das gemeinsame Sorgerecht von nicht miteinander verheirateten Eltern.

1.7 Kritik an der gemeinsamen elterlichen Sorge

Ungeachtet dieser positiven Aspekte darf das gemeinsame Sorgerecht aber auch nicht idealisiert werden. Es ist keineswegs in der Lage, jedes Problem zu lösen. Mit ihm verbinden sich auch mögliche negative Aspekte²³.

Konflikte unter den Eltern

Besteht das gemeinsame Sorgerecht von Gesetzes wegen, wird es einem Elternteil möglicherweise gegen seinen Willen aufgedrängt; betroffen davon dürfte meist die Mutter sein. Die Eltern müssen alle das Kind betreffenden Entscheide gemeinsam fällen und sich dabei unter anderem in Bezug auf die Obhut und den Anteil am Unterhalt des Kindes verständigen. Befürchtet wird, dass es dabei immer wieder zu Auseinandersetzungen kommt. Allerdings dürften die Fälle, in denen das gemeinsame Sorgerecht zum Scheitern verurteilt ist, nur etwa 20-25 % der Scheidungen betreffen²⁴. Dass ein Sorgerechtsmodell konfliktträchtiger als ein anderes ist, lässt sich nicht nachweisen²⁵.

Den Vätern das Recht, den Müttern die Sorge

Immer wieder wird darauf hingewiesen, dass die Väter trotz gemeinsamem Sorgerecht ihrem Kind nur wenige Stunden in der Woche widmen. Zwei Jahre nach der Scheidung haben denn auch die Hälfte der Väter keinen Kontakt mehr mit ihrem Kind²⁶. Das Ideal, das man sich von der Gleichstellung der Geschlechter und dem gemeinsamen Sorgerecht macht, hat deshalb in der Realität nur für eine Minderheit der Eltern seine Gültigkeit. Viele Väter wollen im Alltag nicht mittragen, sondern bloss mitsprechen²⁷.

Häufigere Auseinandersetzungen in Bezug auf die Zuweisung des Sorgerechts an einen Elternteil

Wird das gemeinsame Sorgerecht zum Regelfall, besteht schliesslich eine gewisse Befürchtung, dass es häufiger zu Streitigkeiten in Bezug auf die Zuweisung des

²² Philippe Gardaz, L' autorité parentale après divorce, *in*: C. Paquier/J. Jaquier (Hrsg.), Le nouveau droit du divorce, Travaux de la Journée d' étude organisée le 8 septembre 1999 à l' Université de Lausanne, Lausanne 2000 (CEDIDAC 41), S. 189.

²³ Vgl. für Einzelheiten die Studie von Kerima Kostka, Im Interesse des Kindes? Elterntrennung und Sorgerechtsmodelle in Deutschland, Grossbritannien und den USA, Frankfurt am Main 2004, und Linus Cantieni, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung – eine empirische Untersuchung –, Diss.iur., Bern 2007.

²⁴ L. Staub/H. Hausheer/W. Felder, Gemeinsame elterliche Sorge - eine psychologische Betrachtungsweise, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2006, S. 537 ff. (S. 550 f.).

²⁵ Kerima Kostka, *op. cit.*, S. 423 und 347.

²⁶ AB 2005 N 1495 ff.

²⁷ AB 2005 N 1496.

alleinigen Sorgerechts kommt, namentlich im Zusammenhang mit dem späteren Wegzug oder der Wiederverheiratung eines Elternteils²⁸.

1.8 Andere Anliegen im Zusammenhang mit Kindern

Bei der Ausarbeitung des VE-ZGB ist der gesetzgeberische Handlungsbedarf bei weiteren Fragen, die das Kind betreffen, geprüft worden.

Besuchsrecht

Nach geltendem Recht haben der Elternteil ohne Sorgerecht und das Kind einen wechselseitigen Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Wird dieses Recht vom Vater oder der Mutter pflichtwidrig ausgeübt, kann es ihm oder ihr auch verweigert oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB).

In der Praxis geschieht es relativ oft, dass die obhutsberechtigte Person die Ausübung des Besuchsrechts verhindert oder erschwert, ungeachtet davon, dass das Besuchsrecht in einem Gerichtsurteil festgehalten wird. Der Elternteil, der so handelt, riskiert dabei praktisch keine Sanktionen, während jener Elternteil, der das Kind dem obhutsberechtigten Elternteil nicht zurückbringt, strafrechtlich belangt werden kann (Art. 220 StGB). Hier besteht eine offensichtliche Ungleichbehandlung. Um sie zu beseitigen, sieht der Vorentwurf für eine Revision des Strafgesetzbuches (VE-StGB) eine Ergänzung von Artikel 220 vor, so dass auch jener Elternteil bestraft werden kann, der sich weigert, das Kind der besuchsberechtigten Person anzuvertrauen (vgl. Ziff. 2.3.1).

Weitere Massnahmen drängen sich nicht auf. So gibt bereits das geltende Recht der Vormundschaftsbehörde die Mittel in die Hand, um die Ausübung des Besuchsrechts durchzusetzen (Art. 273 und 274 ZGB). Sie kann namentlich beim Elternteil, der das Besuchsrecht verweigert, intervenieren, um ihn davon zu überzeugen, seinen Pflichten nachzukommen. Auf den in den letzten Jahren in diesem Zusammenhang häufig gehörten Vorwurf des sexuellen Missbrauchs des Kindes kann sie mit der Suspendierung des Besuchsrechts bzw. mit der Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts reagieren, bis die Vorwürfe geklärt sind.

Nicht weiter verfolgt wird die Lösung, den obhutsberechtigten Elternteil mit der Reduktion oder dem Streichen des Unterhaltsanspruchs zu bestrafen, wenn er sich nicht ans Besuchsrecht hält, denn diese Lösung schadete vor allem dem Wohl des Kindes.

Im Übrigen trifft man in der Praxis auch immer wieder auf den Fall, dass der zum Besuch berechtigte Elternteil sein Recht nicht ausübt. Aus verschiedenen Gründen wird darauf verzichtet, dieses Verhalten anlässlich dieser Revision unter Strafe zu stellen. Das Strafrecht soll nur als *ultima ratio* zum Zuge kommen. In erster Linie ist es Aufgabe der Vormundschaftsbehörde, eine Lösung auf der Grundlage von Artikel 273 ZGB zu finden. Ferner ist zu befürchten, dass ein mittels Strafandrohung durchgesetztes Besuchsrecht kaum im Kindeswohl läge. Das Gleiche gilt für das Drohen mit höheren Unterhaltsbeiträgen. Hat das Nichtwahrnehmen des Besuchsrechts zusätzliche Auslagen zur Folge (beispielsweise Betreuungskosten

²⁸ AB 2005 N 1497.

oder Kosten für die Teilnahme an einem Ferienlager), bleibt immer noch die Möglichkeit, diese dem besuchsberechtigten Elternteil zu belasten.

Anhörung des Kindes

Nach geltendem Recht sind Kinder bei einer Scheidung in geeigneter Weise vom Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson persönlich anzuhören, sofern nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen (Art. 144 Abs. 2 ZGB). Folgt man der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, kann ein Kind im Prinzip ab einem Alter von sieben Jahren angehört werden (BGE 131 III 553).

In der Praxis wird Artikel 144 Absatz 2 ZGB sehr unterschiedlich gehandhabt, manchmal lassen sich sogar Unterschiede innerhalb des gleichen Gerichts ausmachen. Häufig gehen die Gerichte davon aus, dass die Pflicht zur Anhörung nur in problematischen Fällen besteht. Sind sich die Eltern einig, haben die Gerichte deshalb eine gewisse Tendenz, auf eine Anhörung zu verzichten oder Kinder, wenn sie ein gewisses Alter erreicht haben, zu fragen, ob sie angehört werden möchten. 80 bis 90 % der Kinder verzichten in der Folge auf eine Anhörung.

Trotzdem wird der Grundsatz der Anhörung von keiner Seite in Frage gestellt. Gemäss den Ergebnissen der Umfrage zum Scheidungsrecht beurteilt eine deutliche Mehrheit der Praktiker das geltende Recht als weitgehend befriedigend (vgl. Ziff. 1.3.3)²⁹. Im Übrigen ergaben sich bei dieser Umfrage keine Hinweise auf Probleme, die vom Gesetzgeber zu lösen wären. Eine Revision der Bestimmung über die Anhörung der Kinder drängt sich zur Zeit nicht auf.

Hinzuweisen ist schliesslich darauf, dass die Regelung über die Kindesanhörung, die sich heute im ZGB befindet, in die künftige Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) transferiert wird³⁰.

Familiengerichte

Ein Familiengericht³¹ beurteilt in der Regel Sachverhalte aus dem Ehe-, dem Scheidungs- und dem Kindesrecht. Seine Zuständigkeit kann sich aber auch auf Fragen des Kindes- und Erwachsenenschutzes erstrecken. Ein Familiengericht bietet insbesondere den Vorteil, dass das Gericht neben juristischer und praktischer Erfahrung auch über psychosoziale Kompetenzen verfügt. Seine Entscheide werden daher besser akzeptiert, und entsprechend effizienter kann ein solches Gericht arbeiten.

Nach Artikel 122 Absatz 2 BV fällt die Organisation der Gerichte in die Zuständigkeit der Kantone. Dieses Prinzip wird in Artikel 3 ZPO (Schweizerische Zivilprozessordnung; Fassung vom 19. Dezember 2008) wiederholt. Allerdings kann der Bundesgesetzgeber auch Ausnahmen vorsehen. Was das Familiengericht

²⁹ Bericht über die Umfrage zum Scheidungsrecht bei Richter/innen und Anwäl/innen sowie Mediatoren/Mediatorinnen, Bundesamt für Justiz, Mai 2005.

³⁰ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl **2006** 7221, Ziff. 5.21. Mit der Kindesanhörung verbinden sich ähnliche Probleme wie mit der Verfahrensvertretung; vgl. dazu: Michelle Cottier, Verfahrensvertretung des Kindes im Familienrecht der Schweiz: aktuelle Rechtslage und Reformbedarf, in: Anwalt des Kindes (Hrsg. Stefan Blum/Michelle Cottier/Daniela Migliazza), Schriften zum Familienrecht/Collection de droit de la famille, FAMPra.ch, Bd. 9, Bern 2008, S. 125 ff.

³¹ Weiterführend: Auf dem Weg zum Familiengericht (Hrsg. Rolf Vetterli), Schweizerische Schriftenreihe zum Familienrecht FAMPra.ch, Bd. 4, Bern 2004.

betrifft, hat er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Entsprechend sind die Kantone frei, ob sie ein Familiengericht schaffen wollen oder nicht³².

Mediation

Die Mediation ist ein Verfahren, das darauf zielt, einen Konflikt aussergerichtlich zu lösen. Der Mediator oder die Mediatorin ist eine neutrale und unabhängige Drittperson. Sie verfügt über keine Entscheidungsbefugnis.

Die Mediation wird in der ZPO³³ nur knapp geregelt. Eine besondere Bedeutung wird ihr aber im Zusammenhang mit eherechtlichen Verfahren unter Beteiligung von Kindern zugestanden³⁴. So ist explizit vorgesehen, dass das Gericht die Eltern zu einem Mediationsversuch auffordern kann, soweit Anordnungen über ein Kind zu treffen sind (Art. 297 Abs. 2 ZPO). Die Mediation kann unentgeltlich sein (Art. 218 Abs. 2 ZPO).

Die Mediation war im Übrigen bei der Vorbereitung der ZPO Gegenstand intensiver Diskussionen, namentlich in Bezug auf die Frage, ob sie allenfalls verbindlich sein sollte. Der politische Wille ging schliesslich aber klar in Richtung Freiwilligkeit³⁵. Da die Sache in die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers fällt, können die Kantone eine Mediation nicht für zwingend erklären³⁶.

Der neue Artikel 314 Absatz 2 ZGB (Neues Erwachsenenschutzrecht³⁷; Fassung vom 19. Dezember 2008) entspricht der ZPO (Art. 297 Abs. 2)³⁸. Auch er sieht vor, dass die Kindesschutzbehörde die Eltern in einem Verfahren, das die elterliche Sorge zum Gegenstand hat, zu einem Mediationsversuch auffordern kann.

Auch der Bundesbeschluss vom 21. Dezember 2007 über die Umsetzung der Übereinkommen über internationale Kindesentführungen sowie die Genehmigung und Umsetzung der Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und

³² Einen Familienrichter kennt der Kanton St. Gallen. Nach Artikel 8^{bis} Absatz 1 Buchstabe a des Zivilprozessgesetzes vom 20. Dezember 1990 (sGS 961.2) spricht er die Ehescheidung, Ehetrennung oder Auflösung der eingetragenen Partnerschaft aus und genehmigt die Vereinbarung über die Folgen, wenn sich die Ehegatten oder die eingetragenen Partner umfassend geeinigt haben. Streitige Scheidungen werden damit nicht vom Familienrichter beurteilt, sondern fallen in die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts.

³³ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl **2006** 7221, Ziff. 5.14.

³⁴ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl **2006** 7221, Ziff. 5.21, Bemerkungen zu den Artikeln 292 bis 296.

³⁵ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl **2006** 7221, Ziff. 5.14, Kommentar zu den Artikel 210, 213 und 214.

³⁶ So aber beispielsweise das so genannte "Cochemer-Modell", wie es in Deutschland seit rund zehn Jahren praktiziert wird. Es baut auf dem Grundsatz auf, dass eine Mediation vom Gericht auch angeordnet werden kann. Das Gericht verpflichtet die Parteien in einer die Kinder betreffenden Streitigkeit im Rahmen einer ersten Anhörung, sich binnen bestimmter Frist zu verständigen, wobei auf die Unterstützung verschiedener Professionen Rückgriff genommen werden kann. Gelingt den Eltern keine Einigung, so setzt das Gericht einen neuen Termin für ein Hilfsangebot an. Weigert sich ein Elternteil, auf das Angebot einzugehen, droht ihm der Verlust des Sorgerechts. Wird wiederum keine Lösung gefunden, entscheidet das Gericht. Für weitere Informationen <http://www.ak-cochem.de>.

³⁷ Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), BBl **2006** 7001 7175

³⁸ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl **2006** 7221 7482.

Erwachsenen³⁹ sieht eine freiwillige Mediation vor, wenn der Fall in einer ersten Phase vor der Zentralbehörde hängig ist (Art. 4 Abs. 2). Demgegenüber leitet das Gericht, das sich später mit dem Fall befasst, eine Mediation ein (Art. 8 Abs. 1). Diese Ausnahme vom Grundsatz der Freiwilligkeit ist deshalb gerechtfertigt, weil es sich bei der internationalen Kindesentführung um einen Sonderfall handelt; das damit verbundene Verfahren ist belastend. Es ist möglicherweise langwierig, teuer und deshalb schwierig, weil die Parteien geografisch weit auseinander leben. In diesen Fällen ist es daher besonders wichtig, schnell eine einvernehmliche Lösung zu finden.

Kinderunterhalt

Ein geschiedener Ehegatte hat Anspruch auf nachehelichen Unterhalt (Art. 125 ZGB). Der Anspruch selber sowie seine Höhe und Dauer hängen dabei von verschiedenen Faktoren ab, so unter anderem auch vom Umfang und der Dauer der von einem Ehegatten zu leistenden Kinderbetreuung (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB). Im Unterschied dazu ist für einen nicht verheirateten Elternteil im Fall einer Trennung kein entsprechender Unterhaltsbeitrag vorgesehen. Einige Autoren⁴⁰ haben darauf hingewiesen, dass damit Kinder verheirateter Eltern und solche von Eltern, die im Konkubinat leben, unterschiedlich behandelt würden, weil nur die ersteren von einem gesicherten Unterhalt des betreuenden Elternteils profitieren könnten. So könne ein geschiedener Elternteil seinen Beschäftigungsgrad reduzieren, was einem Konkubinatspartner verwehrt sei, da er für seinen eigenen Unterhalt vollumfänglich aufzukommen habe. Um diese Ungleichbehandlung zu beseitigen, wird vorgeschlagen, dass der Elternteil ohne Betreuungsaufwand dem anderen während mindestens der ersten drei Jahre einen vom Zivilstand unabhängigen Unterhaltsbeitrag schuldet⁴¹.

Ein solcher Vorschlag sprengt den Rahmen dieser Vorlage. Zwar ist zuzugeben, dass diese Lösung aufs Kindeswohl zielt. Trotzdem geht es aber primär um einen Unterhaltsanspruch des Konkubinatspartners. Diese Vorlage soll nicht zum Anlass für einen solchen punktuellen Ausbau der Rechte des Konkubinatspartners genommen werden. Auch die parlamentarischen Vorstösse und die weiteren Studien, die am Ausgangspunkt dieser Vorlage stehen, haben den unterschiedlichen Unterhalt geschiedener Eltern und früherer Konkubinatspaare nicht thematisiert. Es soll deshalb dabei bleiben, dass sich der Unterhalt von Konkubinatspaaren hauptsächlich nach ihren jeweiligen Abmachungen richtet. Sie haben es in der Hand, einen Unterhaltsanspruch wie den erwähnten vertraglich zu vereinbaren. Im Übrigen kann das praktisch gleiche Ergebnis auch durch einen entsprechend höheren Kinderunterhalt realisiert werden. Dieser soll es dem andern Ehegatten erlauben, seinen Beschäftigungsgrad zumindest während der ersten Lebensjahre des

³⁹ BBl 2008 33 (Referendumsvorlage).

⁴⁰ Vgl. insbesondere Alexandra Rumo-Juno, *Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern - ein Denkanstoss*, recht 2008, S. 27 ff.

⁴¹ Alexandra Rumo-Jungo, *op.cit.*

Kindes zu reduzieren, so dass er in dieser Zeit das Kind auch tatsächlich persönlich betreuen kann⁴².

2 Erläuterungen zum Vorentwurf

2.1 Änderungen des Zivilgesetzbuchs

Art. 133 Gemeinsame elterliche Sorge

Absatz 1 verankert den Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge nach einer Scheidung. Künftig üben die Eltern ihr Sorgerecht auch nach einer Scheidung gemeinsam und gleichberechtigt aus, so wie sie dies bereits während der Ehe taten. Sie bestimmen damit über die Pflege und Erziehung des Kindes und treffen die diesbezüglich nötigen Entscheidungen gemeinsam. Das gemeinsame Sorgerecht besteht dabei von Gesetzes wegen, d.h. die Regel findet bei einer Scheidung automatisch Anwendung. Weder ist dafür ein gemeinsamer Antrag der Eltern noch ein diesbezüglicher richterlicher Entscheid nötig.

Das gemeinsame Sorgerecht umfasst das gemeinsame Obhutsrecht. Deshalb haben beide Elternteile das Recht, über den Aufenthaltsort des Kindes sowie dessen Betreuung zu bestimmen. Tatsächlich ausgeübt wird das Obhutsrecht von jenem Elternteil, bei dem das Kind lebt (faktische Obhut). Auch darüber befinden die Eltern gemeinsam. Die Entscheidzuständigkeit des Elternteils, der die faktische Obhut ausübt, ist in Artikel 298g VE-ZGB geregelt.

Fragen der Betreuung und der Unterhaltsbeiträge sind für das Kind zentral. Gleichzeitig können gerade sie zur Quelle von Konflikten werden. Um zu verhindern, dass dadurch die Ausübung des gemeinsamen Sorgerechts später gelähmt wird, müssen die Eltern diese Fragen möglichst unter sich regeln und dem Scheidungsgericht ihre diesbezüglichen Anträge unterbreiten (*Abs. 2*). Eine einvernehmliche Regelung ist der Schlüssel für den praktischen Erfolg des gemeinsamen Sorgerechts, auch wenn es sich dabei nicht um eine Bedingung für die Weitergeltung des gemeinsamen Sorgerechts handelt; ein gemeinsamer Antrag ist nur für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren nötig (Art. 111 ZGB). Stellen die Eltern unterschiedliche Anträge, kann das Gericht sie zu einem Mediationsversuch auffordern (Art. 297 Abs. 2 ZPO). Gelingt auch jetzt keine Verständigung, wird sich das Gericht fragen müssen, ob die Eltern in der Lage sind, das Sorgerecht trotzdem gemeinsam auszuüben. Widrigenfalls kann es das Sorgerecht von Amtes wegen einem Elternteil entziehen, um es gestützt auf Artikel 133a VE-ZGB dem andern zu überlassen.

⁴² Alle Probleme sind damit allerdings nicht gelöst. So fehlen in vielen Fällen die finanziellen Mittel, um dem Kind oder dem betreuenden Elternteil einen genügenden Unterhalt auszurichten (vgl. Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten, Revisionsbedarf im Scheidungsrecht, März 2008). Davon betroffen sind sowohl geschiedene Ehegatten wie auch getrennt lebende Konkubinatspaare. Gestützt auf das Postulat 06.3003 "Harmonisierung Alimentenbevorschussung und Alimenteninkasso" der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats vom 13. Januar 2006 prüft der Bundesrat zur Zeit Vorschläge zur Harmonisierung der Gesetzgebung betreffend Alimentenbevorschussung und Alimenteninkasso.

Art. 133a (neu) Zuweisung der elterlichen Sorge an einen Elternteil

Mit dem von Gesetzes wegen bestehenden gemeinsamen Sorgerecht geschiedener Eltern geht der VE-ZGB davon aus, dass diese Lösung im Wohl des Kindes liegt und dass die Eltern zur gemeinsamen Ausübung des Sorgerechts grundsätzlich befähigt sind. Es gibt unzweifelhaft auch Fälle, wo dies nicht zutrifft, wobei dafür subjektive oder objektive Gründe verantwortlich sein können. So mangelt es beispielsweise einem Elternteil erklärermassen am Willen oder an der Fähigkeit zur Zusammenarbeit, oder er verweigert sich einem Dialog. Das fehlende Interesse am Kind kann auch darauf zurückzuführen sein, dass ein Elternteil krank ist, weit entfernt lebt oder dass das Kind unter der Gewalt leidet, die gegenüber dem andern Elternteil ausgeübt wird. In diesen Fällen wäre eine gemeinsame Ausübung des Sorgerechts sehr schwierig, wenn nicht sogar unmöglich. Um Lösungen zu finden, müsste man systematisch an die Kinderschutzbehörde gelangen. Unter dieser Situation würde unzweifelhaft das Kind am meisten leiden. *Absatz 1* gibt dem Gericht deshalb die Möglichkeit, dem Vater oder der Mutter das Sorgerecht von Amtes wegen oder auf Antrag des anderen Elternteils zu entziehen, wenn ein Elternteil nicht in der Lage ist, das Sorgerecht gemeinsam auszuüben. Das Gericht stützt sich bei seiner Entscheidung nicht nur auf das Verhalten während der Scheidung, sondern berücksichtigt auch, was während der Ehe bzw. während der Zeit einer allfälligen Trennung passiert ist.

Nach *Absatz 2* kann das Gericht das gemeinsame Sorgerecht einem Ehegatten auch gestützt auf einen gemeinsamen Antrag der Eltern entziehen. Beide Elternteile sind sich in diesem Fall einig, dass die elterliche Sorge am besten von einem Elternteil allein ausgeübt wird. Das Prinzip des gemeinsamen Sorgerechts darf dabei nicht ausgehöhlt werden. Deshalb muss auch diese Entscheidung vom Kindeswohl getragen sein.

Absatz 3 handelt von den mit dem Entzug des gemeinsamen Sorgerechts verbundenen Konsequenzen. Das Gericht regelt den persönlichen Verkehr des Kindes zum Elternteil ohne Sorgerecht (Besuchsrecht, telefonische Kontakte, Briefverkehr, elektronische Post, SMS und Fax) und den Beitrag zum Unterhalt. Einschlägig dafür sind die Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 270 ff. ZGB). Das Kind wird angehört, soweit nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen (Art. 144 Abs. 2 ZGB und Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention⁴³). Der Elternteil, der das Sorgerecht verliert, hat einen Anspruch auf Information und Benachrichtigung über besondere Ereignisse im Leben des Kindes, und er muss vor Entscheidungen, die für die Entwicklung des Kindes wichtig sind, angehört werden (Art. 275a ZGB).

Wie im geltenden Recht kann der Unterhaltsbeitrag auch über die Mündigkeit hinaus festgesetzt werden (*Abs. 4*).

Art. 134 Veränderung der Verhältnisse. Elterliche Sorge

Die Bestimmung sieht eine Neuregelung der elterlichen Sorge nach der Scheidung für den Fall wesentlicher Veränderungen der Verhältnisse vor. Gemeint ist damit eine Entwicklung, welche die Grundlage für den Entscheid, das Sorgerecht beiden Elternteilen zu belassen oder dieses einem Elternteil allein zuzuweisen, in Frage

⁴³ SR 0.107.

stellt⁴⁴. Dies können subjektive Gründe sein (bsp. gesundheitliche Probleme; eine Unverträglichkeit des Kindes in Bezug auf die neue Partnerin bzw. den neuen Partner eines Elternteils; das Kind traumatisierende Gewalt gegen den andern Elternteil), aber auch objektive Gründe kommen in Frage (bsp. der Wegzug desjenigen Elternteils, dem die elterliche Sorge zusteht). Die Abänderung der elterlichen Sorge kann sowohl die gemeinsame elterliche Sorge (Art. 133 VE-ZGB) wie auch die einem Elternteil allein überlassene elterliche Sorge (Art. 133a VE-ZGB) betreffen.

Artikel 134 entspricht dem heutigen Artikel 134 Absatz 1 ZGB, mit dem einzigen Unterschied, dass der Begriff "Vormundschaftsbehörde" im Einklang mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht durch "Kindesschutzbehörde" ersetzt worden ist.

Art. 134a (neu) Betreuung, persönlicher Verkehr und Unterhaltsbeitrag

Die Bestimmung regelt den Fall, dass wegen veränderter Verhältnisse die Betreuung, der persönliche Verkehr oder der Beitrag zum Unterhalt neu geregelt werden müssen. Eine solche Abänderung ist unabhängig von einer Neuregelung der elterlichen Sorge möglich. Sie untersteht den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses, d.h. den Artikeln 270 ff. ZGB.

Artikel 134a entspricht dem heutigen Artikel 134 Absatz 2 ZGB.

Art. 134b (neu) Zuständigkeit

Nach heutiger Regelung ist die Vormundschaftsbehörde für Fragen der Kinderbelange zuständig, sofern sich die Eltern einig sind, und das Gericht, falls ein Konflikt besteht (Art. 134 Abs. 3 und 4 ZGB). Durchbrochen wird dieses Prinzip im Zusammenhang mit der Regelung des persönlichen Verkehrs, wo die Vormundschaftsbehörde auch dann für zuständig erklärt wird, wenn sich die Eltern uneins sind (Art. 134 Abs. 4, *in fine*, ZGB). Diese Lösung wird damit begründet, dass die Vormundschaftsbehörde besser in der Lage sei, die Auswirkungen der verfügten Massnahmen auf das Kind zu beurteilen und schnelle Entscheide zu treffen. Demgegenüber stelle der Entscheid eines Gerichts eine Momentaufnahme dar, und das Gericht könne sich zu wenig um das einmal Angeordnete kümmern. Ungeachtet der Stringenz dieser Begründung verfolgt der VE-ZGB einen einfacheren und kohärenteren Ansatz in Bezug auf die Zuständigkeit.

Danach befindet die Kindesschutzbehörde nach Artikel 134b VE-ZGB über alle das Kind betreffenden Fragen, soweit diese nicht strittig sind. Besteht hingegen Uneinigkeit, fällt die Beurteilung in die Zuständigkeit des Gerichts, das auch für die Abänderung des Scheidungsurteils zuständig ist.

Die Abänderung der das Kind betreffenden Massnahmen im Zusammenhang mit dem Tod eines Ehegatten, die bisher in Artikel 134 Absatz 3 ZGB geregelt worden ist, wird neu in Artikel 298f VE-ZGB geregelt.

⁴⁴ Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung), BBl 1996 I 1 ff., Ziff. 233.63.

Art. 297 Abs. 3 Verheiratete Eltern

Der geltende Artikel 297 Absatz 3 erfährt zwei Änderungen. Einerseits wird die Zuweisung der elterlichen Sorge beim Tod eines Ehegatten (vgl. 1. Satz) neu in Artikel 298f VE-ZGB geregelt. Andererseits wurde der Hinweis auf das Gericht (vgl. 2. Satz) gestrichen, weil es nicht mehr an ihm liegt, das Sorgerecht einem Elternteil zuzuweisen; vielmehr steht die elterliche Sorge von Gesetzes wegen Vater und Mutter zu.

Art. 298 Unverheiratete Eltern. Anerkennung. Im Allgemeinen

Als sich der Gesetzgeber 1998 für die Möglichkeit des gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern aussprach (Art. 133 Abs. 3 ZGB), war er der Meinung, dass es keine Gründe gibt, dieses Recht nicht miteinander verheirateten Eltern vorzuenthalten⁴⁵. Nicht zu heiraten, genügte dem Gesetzgeber also nicht als Argument, den Eltern das gemeinsame Sorgerecht zu verweigern⁴⁶. Daran will der vorliegende Vorschlag zum gemeinsamen Sorgerecht unverheirateter Eltern nichts ändern.

Anders als das geltende Recht realisiert der VE-ZGB aber nicht eine Gleichstellung unverheirateter Eltern (Art. 298a Abs. 1 ZGB) mit geschiedenen Eltern (Art. 133 Abs. 3 ZGB), sondern mit verheirateten Eltern. Die meisten nicht miteinander verheirateten Eltern führen einen gemeinsamen Haushalt. Mit dem Konkubinat haben sie sich für eine Form des Zusammenlebens als Paar und Familie entschieden, die immer häufiger anstelle der Ehe vorkommt. Die Situation ist für sie praktisch die gleiche wie für verheiratete Eltern. Darüber hinaus erfolgt die Anerkennung des Kindes durch den Vater freiwillig. Unterstützt wird die im VE-ZGB vorgeschlagene Lösung auch von der Zahl der Anerkennungen, die zwischen 2000 und 2007 von 7 930 auf 12 306 angestiegen ist. Die Anerkennung erfolgt in der überwiegenden Anzahl der Fälle bereits vor der Geburt (54 % im Jahr 2007) bzw. bevor das Kind ein Jahr alt ist (38 %). Dies zeigt auch, dass die Väter ihrer Verantwortung ihren Kindern gegenüber zunehmend nachkommen. Es ist deshalb nicht länger gerechtfertigt, Konkubinatspaare allein deshalb unterschiedlich zu behandeln, weil sie nicht miteinander verheiratet sind.

Absatz 1 führt den Grundsatz auf. Danach steht das Sorgerecht von Gesetzes wegen der Mutter und dem Vater, der das Kind anerkannt hat (Art. 260 Abs. 1 ZGB), gemeinsam zu. Dies bedeutet, dass das Sorgerecht der Anerkennung ohne weiteres Dazutun folgt. Die Einräumung des gemeinsamen Sorgerechts hängt also nicht mehr länger von einem entsprechenden Antrag der Eltern oder einem gerichtlichen Entscheid ab. Was die Anerkennung betrifft, erfolgt sie durch Erklärung vor dem Zivilstandsbeamten, durch letztwillige Verfügung oder, wenn bereits eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft hängig ist, vor dem Gericht (Art. 260 Abs. 3 ZGB). Die

⁴⁵ Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung), BBl 1996 I 1 ff., Ziff. 244.41.

⁴⁶ Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung), BBl 1996 I 1 ff., Ziff. 244.41.

Anerkennung ist ein Gestaltungsakt, der nicht widerrufen werden kann und sofort Wirkungen entfaltet⁴⁷.

In Übereinstimmung mit dem geltenden Recht macht der VE-ZGB das gemeinsame Sorgerecht nicht davon abhängig, dass die Eltern tatsächlich zusammenleben. Eine solche Voraussetzung wäre diskriminierend mit Blick auf verheiratete und geschiedene Eltern. Sie würde auch keineswegs eine bessere Betreuung des Kindes garantieren. Wichtig ist das Engagement der Eltern in Sachen Erziehung des Kindes und nicht die geografische Distanz.

Nicht vorgesehen ist, dass eine Behörde die Opportunität eines gemeinsamen Sorgerechts überprüft. Auch diesbezüglich besteht kein Grund, danach zu unterscheiden, ob die Eltern des Kindes verheiratet sind oder im Konkubinat leben. Sofern es zum Wohl des Kindes nötig ist, kann ein Elternteil aber dem Gericht beantragen, dem andern Elternteil die elterliche Sorge zu entziehen (Art. 298b Abs. 2).

Wird das Konkubinat aufgelöst, verändert sich nichts an der Sorgerechtsregelung, da diese nicht vom Zusammenleben der Eltern abhängt. Das gemeinsame Sorgerecht besteht also fort. Ein Elternteil kann in diesem Fall aber die Zuweisung des alleinigen Sorgerechts verlangen (Art. 298b Abs. 2), beispielsweise bei anhaltenden, dem Wohl des Kindes abträglichen Differenzen unter den Eltern im Anschluss an die Trennung. Die Trennung kann in diesem Sinn eine Veränderung der Verhältnisse bedeuten, mit der Folge, dass das alleinige Sorgerecht eines Elternteils an die Stelle des gemeinsamen Sorgerechts tritt.

Stirbt ein Elternteil, steht das Sorgerecht dem anderen, überlebenden Elternteil zu (Art. 298f VE-ZGB).

Fehlt es an einer Anerkennung des Kindes, steht die elterliche Sorge von Gesetzes wegen allein der Mutter zu (Abs. 2). Keine elterliche Sorge steht ihr nach Artikel 296 Absatz 2 ZGB zu, wenn sie unmündig oder entmündigt ist. Diese Bestimmung wird im Rahmen des neuen Erwachsenenschutzrechts redaktionell überarbeitet⁴⁸.

Art. 298a Betreuung und Unterhalt

Die meisten nicht miteinander verheirateten Eltern eines Kindes, das der Vater anerkannt hat, leben im Konkubinat. Sie kommen ihren Pflichten und Rechten in Bezug auf das Kind in gleicher Art und Weise nach wie verheiratete Eltern. Wie diese verständigen sie sich - meist stillschweigend - über die Art und Weise der Betreuung und ihren Beitrag zum Unterhalt des Kindes. Ihre diesbezüglichen Abmachungen brauchen sie keiner Behörde zu unterbreiten. Allerdings wird das Kind durch eine solche Unterhaltsvereinbarung nur dann gebunden, wenn die Kindesschutzbehörde sie genehmigt hat (Art. 287 Abs. 1 ZGB). Ein Elternteil kann im Übrigen verschiedene Gründe haben, die Frage des Unterhalts in einer Konvention regeln zu wollen, namentlich weil er in diesem Fall über einen provisorischen Rechtsöffnungstitel gemäss Artikel 82 des Bundesgesetzes vom 11.

⁴⁷ Cyril Hegnauer, *Droit suisse de la filiation et de la famille* (art. 328-359 CCS), 4. Aufl. Bern 1998, N. 7.12.

⁴⁸ Die Bestimmung lautet nach dem Entwurf vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht; BBl 2006 7139 7174) neu: "Eltern, die minderjährig sind oder unter umfassender Beistandschaft stehen, haben keine elterliche Sorge."

April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs⁴⁹ verfügt, falls der andere Elternteil seine Unterhaltspflicht nicht erfüllt.

Falls es den Eltern nicht gelingt, sich in Bezug auf die Betreuung des Kindes und den Unterhalt zu verständigen, können sie sich an die Kindesschutzbehörde wenden, die Empfehlungen machen kann (*Abs. 2*).

Art. 298b (neu) Zuweisung an einen Elternteil

Das gemeinsame Sorgerecht baut auf der Annahme auf, dass diese Lösung im Regelfall dem Wohl des Kindes am ehesten entspricht. Es können aber auf Seiten der Eltern objektive Gründe (zum Beispiel die geografische Entfernung) oder subjektive Gründe (zum Beispiel eine Krankheit oder eine schwerwiegende Unverträglichkeit) vorhanden sein, die diese Lösung als wenig praktikabel erscheinen lassen oder ihr sogar im Wege stehen. An ihr trotzdem festzuhalten, wäre dem Wohl des Kindes abträglich. Deshalb kann es in seinem Interesse geboten sein, vom gemeinsamen Sorgerecht Abstand zu nehmen und die elterliche Sorge ausschliesslich einem Elternteil zuzuweisen.

Vom gemeinsamen Sorgerecht kann auf gemeinsamen Antrag der Eltern hin Abstand genommen werden (*Abs. 1*). In diesem Fall verständigen sich die Eltern darauf, dass die elterliche Sorge besser von einem Elternteil allein ausgeübt wird. Dabei soll aber die Regel der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht leichthin umgangen werden können. Die Entscheidung der Eltern muss deshalb Ausdruck des Kindeswohls und nicht ihrer eigenen Interessen sein. Im Übrigen ist der Antrag an die Kindesschutzbehörde zu richten.

Der Antrag auf Entzug des gemeinsamen Sorgerechts kann auch von einem Elternteil allein stammen (*Abs. 2*). Er kann dabei sowohl objektive wie subjektive Gründe anführen. Für den Entscheid, das Sorgerecht nur der Mutter oder nur dem Vater zu überlassen, dürfen aber wiederum nur Überlegungen des Kindeswohls eine Rolle spielen.

Das Begehren, das Sorgerecht gemäss den Absätzen 1 und 2 einem Elternteil allein zuzusprechen, unterliegt keiner zeitlichen Befristung.

Wird einem Elternteil das Sorgerecht entzogen, hat er Anspruch auf persönlichen Verkehr mit dem Kind, und er muss weiterhin für dessen Unterhalt aufkommen (*Abs. 3*). Der Elternteil ohne Sorgerecht hat ferner einen Anspruch auf Information und Auskunft in Bezug auf besondere Ereignisse im Leben des Kindes. Daneben ist er vor Entscheidungen, die für die Entwicklung des Kindes wichtig sind, anzuhören (*Art. 275a CC*)⁵⁰.

Die Zuweisung der elterlichen Sorge, falls ein Elternteil stirbt, ist in Artikel 298f VE-ZGB geregelt.

Art. 298c (neu) Vaterschaftsklage. Im Allgemeinen

Erfolgt die Feststellung des Kindesverhältnisses im Rahmen eines Vaterschaftsurteils, verbleibt die elterliche Sorge von Gesetzes wegen allein bei der Mutter.

⁴⁹ SR 281.1.

⁵⁰ Weiterführende Informationen finden sich unter den Bemerkungen zu Artikel 133a Absatz 1 des Vorentwurfs.

Diese Lösung entspricht dem geltenden Recht (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Sie scheint deshalb gerechtfertigt, weil sich der Vater im Fall einer Klage nicht freiwillig zu seiner Vaterschaft bekennt. Es fällt schwer, ihn von Gesetzes wegen an der elterlichen Sorge teilhaben zu lassen und damit gleich wie jenen Vater zu behandeln, der sein Kind freiwillig anerkannt hat.

Art. 298d (neu) Gemeinsame elterliche Sorge

Im Fall einer Vaterschaftsklage wird das Kindesverhältnis nicht freiwillig anerkannt. Dies stellt zum vorneherein ein genügend gewichtiges Argument zu Lasten des Vaters dar, das es rechtfertigt, ihm nicht von Gesetzes wegen das Sorgerecht zu überlassen. Auch in diesem Fall kann es aber so sein, dass sich der Vater seiner Verantwortung bewusst ist und sich an der Erziehung des Kindes beteiligen will, um nicht blosser Zahlvater zu sein. Deshalb räumt der VE-ZGB dem Vater das Recht ein, dem Gericht zu beantragen, das Sorgerecht zusammen mit der Mutter auszuüben, wenn dies mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist (*Abs. 1*). Diese Möglichkeit steht im Einklang mit dem grundsätzlichen Anliegen dieser Vorlage, das gemeinsame Sorgerecht im Interesse des Kindes möglichst zu fördern.

Im geschilderten Fall ist es dann Sache des Gerichts, die Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten zu regeln (*Abs. 2*).

Art. 298e (neu) Veränderung der Verhältnisse

Dieser Artikel findet sowohl auf den Fall der Anerkennung (Art. 298 VE-ZGB) als auch auf jenen des Vaterschaftsurteils (Art. 298c VE-ZGB) Anwendung.

Absatz 1 entspricht inhaltlich dem heutigen Artikel 298a Absatz 2 ZGB. Eine Neuregelung des Sorgerechts kann nur beantragt werden, wo es um gewichtige neue Tatsachen geht. Als eine neue Tatsache gilt eine Entwicklung, die der gemeinsamen elterlichen Sorge oder dem alleinigen Sorgerecht eines Elternteils die innere Rechtfertigung entzieht⁵¹. Die Gründe können dabei subjektiver Natur (beispielsweise gesundheitliche Probleme, das Kind traumatisierende Gewalt gegen den andern Elternteil) oder objektiver Natur (beispielsweise Wegzug des Elternteils, der die elterliche Sorge innehatte) sein. Redaktionell wurde die Bestimmung ans neue Erwachsenenschutzrecht angepasst: Der Begriff "Vormundschaftsbehörde" wurde durch "Kindesschutzbehörde" ersetzt.

Absatz 2 regelt den Fall, dass die Betreuung, der Unterhalt oder der persönliche Verkehr im Anschluss an veränderte Verhältnisse neu zu ordnen sind. Das Bedürfnis für eine solche Neuordnung kann sich unabhängig von der Neuzuteilung der elterlichen Sorge ergeben. Sie richtet sich nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses, d.h. nach den Artikeln 270 ff. ZGB.

Absatz 3 bestimmt die sachliche Zuständigkeit. Wenn die Sache nicht strittig ist, liegt die Zuständigkeit für die Zuweisung des Sorgerechts und die Genehmigung einer Konvention betreffend Betreuung, persönlichem Verkehr und Unterhaltsbeiträgen bei der Kindesschutzbehörde. Andernfalls ist das Gericht

⁵¹ Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung), BBl 1996 I 1 ff., Ziff. 233.63.

zuständig. Die Anhörung des Kindes richtet sich nach Artikel 314a ZGB (Neues Erwachsenenschutzrecht) und nach Artikel 298 ZPO.

Art. 298f (neu) Tod eines Elternteils

Die Bestimmung regelt neu die elterliche Sorge nach dem Tod eines Elternteils, unabhängig davon, ob es sich um verheiratete, geschiedene oder unverheiratete Eltern handelt. Materiell entspricht die Regelung den Artikeln 297 Absatz 3, 298 Absatz 2 und 134 Absatz 3 ZGB.

Sind beide Eltern Inhaber der elterlichen Sorge, übt der überlebende Elternteil inskünftig die elterliche Sorge von Gesetzes wegen allein aus (*Abs. 1*).

Stirbt ein Elternteil mit alleiniger elterlicher Sorge, geht diese nicht automatisch auf den andern über. Vielmehr muss die Kindesschutzbehörde darüber entscheiden, ob die elterliche Sorge dem überlebenden Elternteil übertragen wird oder ob dem Kind ein Vormund bestellt werden muss. Der Entscheid hängt davon ab, was das Kindeswohl gebietet (*Abs. 2*). Dass einem Elternteil das Sorgerecht bisher nicht zustand, darf nicht *a priori* negativ bewertet werden. Das Sorgerecht konnte ihm beispielsweise auch auf gemeinsamen Antrag entzogen worden sein.

Art. 298g (neu) Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge

Die Bestimmung regelt die Entscheidzuständigkeit jenes Elternteils, der das Kind in seiner faktischen Obhut hat, wenn die Eltern das Sorgerecht gemeinsam ausüben, ohne einen gemeinsamen Haushalt zu führen. Sie gilt unabhängig davon, ob die Eltern miteinander verheiratet, geschieden oder unverheiratet sind.

Ziel der Bestimmung ist es, mögliche Konflikte unter den Eltern in Bezug auf Entscheide, die das Kind betreffen und die Ausübung des gemeinsamen Sorgerechts unnötig belasten können, zu vermeiden. Deshalb soll der Elternteil, der das Kind in seiner faktischen Obhut hat, die alltäglichen Angelegenheiten, d.h. solche, die für die Entwicklung des Kindes normalerweise ohne grössere Bedeutung sind, selber regeln können (bsp. Ernährung, Bekleidung, Wahl der TV-Programme). Das Gleiche gilt für Angelegenheiten, die dringlich sind (notfallmässige Hospitalisation usw.). Lebt das Kind fünf Tage bei der Mutter und zwei Tage beim Vater, haben beide das Recht, die alltäglichen Angelegenheiten in dieser Zeit selbständig zu regeln. Umgekehrt müssen alle anderen Entscheide, die das Kind betreffen, wie die Wahl der Schule, eines Sports oder einer Religion gemeinsam gefällt werden. Im Übrigen dürfen gutgläubige Dritte davon ausgehen, dass jeder Elternteil im Einvernehmen mit dem andern handelt (Art. 304 Abs. 2 ZGB).

Gelingt es den Eltern nicht, sich zu verständigen, können sie sich an die Kindesschutzbehörde wenden. Diese kann Empfehlungen abgeben oder sogar Weisungen erteilen wie beispielsweise jene, das Kind ärztlich abklären zu lassen. Diese Weisungen können nach Artikel 292 des Strafgesetzbuches (StGB) sogar mit einer Strafandrohung versehen werden. Treten wiederholt gravierende Probleme auf, die dem Wohl des Kindes schaden, kann die elterliche Sorge schliesslich nach Artikel 134 VE-ZGB neu geregelt werden.

Der heutige Artikel 309 will sicherstellen, dass dem Kind unverheirateter Eltern der nötige juristische Schutz zuteil wird⁵². Mit Blick auf geänderte Anschauungen und das Anliegen dieser Revision hat diese Bestimmung in der bisherigen Form keine Berechtigung mehr. Festzuhalten ist bloss noch an der Möglichkeit der schwangeren, unverheirateten Frau, die Kindesschutzbehörde zu ersuchen, dem Kind einen Beistand zu bestellen, der für die Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater sorgt, und ihr anderweitig zu helfen. Die heutigen Absätze 2 und 3 werden gestrichen.

2.2 **Übergangsrecht**

Nach Artikel 12 des Schlusstitels zum Zivilgesetzbuch (SchlT ZGB) findet auf die Wirkungen des Kindesverhältnisses (elterliche Sorge, persönlicher Verkehr, Unterhaltspflicht) ohne Einschränkung neues Recht Anwendung, wenn das Kindesverhältnis nach Inkrafttreten des neuen Rechts begründet worden ist.

Wie bereits im Zusammenhang mit dem neuen Scheidungsrecht ausgeführt worden ist⁵³, darf das Inkrafttreten des neuen Rechts als wesentliche Veränderung der Verhältnisse angesehen werden, die nach Artikel 2, 3 und 7a Absatz 3, zweiter Satzteil, SchlT ZGB zur Anwendung des neuen Rechts führt. Deshalb können die Eltern bei der zuständigen Instanz (Art. 134b und 298e VE-ZGB) nach Inkrafttreten des neuen Rechts ein Gesuch stellen mit dem Ziel, das gemeinsame Sorgerecht zu erlangen. Eine Frist für dieses Gesuch ist nicht vorgesehen.

2.3 **Schweizerisches Strafgesetzbuch**

Der heutige Artikel 220 StGB⁵⁴ erlaubt es nicht, jene Person zu bestrafen, die als Inhaberin der elterlichen oder vormundschaftlichen Sorge das Besuchsrecht eines andern missachtet. Entsprechend macht sich zwar strafbar, wer das Kind am Ende der Besuchszeit nicht zurückgibt, während jener Elternteil, der sich dem Besuchsrecht verweigert, straflos bleibt. Diese Situation wird wegen der damit verbundenen nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung zu Recht kritisiert. Der VE-StGB schafft hier Abhilfe, indem neu auch jene Person bestraft wird, die sich weigert, das Kind der besuchsberechtigten Person zu übergeben. Das Delikt wird auf Antrag verfolgt. Zum Antrag berechtigt ist, wer einen Anspruch auf persönlichen Verkehr mit dem Kind hat, d.h. jener Elternteil, dem die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht (Art. 273 ZGB), sowie Dritte, die das Recht zum persönlichen Verkehr mit dem Kind haben (Art. 274a ZGB). Die vorgesehene Strafe lautet auf Freiheitsstrafe bis

⁵² BBl 1974 II 1 ff., Ziff. 323.42.

⁵³ BBl 1996 I 1 ff., Ziff. 253.1.

⁵⁴ Artikel 220 StGB wird im Zusammenhang mit der Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) neu gefasst, damit auch die Kindesschutzbehörde, welche den Eltern die Obhut entzogen hat, bei einer widerrechtlichen Wegnahme des Kindes von einem Pflegeplatz einen Strafantrag stellen kann. Im bundesrätlichen Entwurf war diese Neufassung noch nicht vorgesehen. Der vorliegende Text trägt ihr Rechnung.

zu drei Jahren oder Geldstrafe und entspricht damit jener beim heutigen Entziehen und Vorenthalten eines Kindes.

Die zur Obhut berechtigte Person kann gute Gründe haben, das Kind der besuchsberechtigten Person nicht zu übergeben, z.B. wenn das Kind plötzlich erkrankt ist oder wenn die besuchsberechtigte Person im vorgesehenen Zeitpunkt der Übergabe offensichtlich nicht in der Lage erscheint, das Kind ordentlich zu betreuen. Für solche Fälle kennt das StGB den Rechtfertigungsgrund des Notstandes bzw. der Notstandshilfe (Art. 17 und 18 StGB). Die Straflosigkeit der Weigerung zur Übergabe lässt sich unter Umständen auch auf Artikel 14 StGB stützen, denn der obhutsberechtigte Elternteil nimmt die vom Gesetz gebotene Fürsorgepflicht wahr, wenn er sich aus Sorge um die Gesundheit weigert, das Kind zu übergeben.

Auch ohne spezifische Strafandrohung besteht schon heute die Möglichkeit, den Elternteil, der sich weigert, das Kind der besuchsberechtigten Person zu übergeben, wegen Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung mit einer Busse bis zu 10 000 Franken zu belegen (Art. 292 StGB). Entsprechende Sanktionen können auch die kantonalen Zivilprozessordnungen vorsehen. Neu wird die Frage in Artikel 343 ZPO (Verpflichtungen zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden) geregelt. Eine spezielle Strafnorm verdeutlicht, wie wichtig die Beziehung des Kindes auch zu einem Elternteil ist, dem kein Obhutsrecht zusteht.

Weigert sich ein Elternteil grundlos, sein Besuchsrecht auszuüben, kann auch er auf der Basis von Artikel 219 StGB (Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht) belangt werden, sofern sein Verhalten die körperliche oder seelische Entwicklung des Kindes gefährdet. Artikel 273 Absatz 1 ZGB gibt dem Kind das Recht zum nach den Umständen angemessenen persönlichen Verkehr mit jenem Elternteil, dem keine elterliche Sorge und keine Obhut zusteht; dieses Recht bildet das Gegenstück zur Pflicht des Elternteils, diesen Verkehr zu pflegen; sie ist konstitutiv für Artikel 219 StGB.

3 Auswirkungen

3.1 Auswirkungen auf den Bund

Die VE-ZGB und VE-StGB haben für den Bund weder finanzielle noch personelle Auswirkungen.

3.2 Auswirkungen auf die Kantone

Es ist schwierig abzuschätzen, in welchem Ausmass die VE-ZGB und VE-StGB die Gerichte und Kinderschutzbörden belasten werden. Gestützt auf ausländische Erfahrungen mit dem gemeinsamen Sorgerecht sollten die beiden Vorentwürfe keine nennenswerten personellen oder finanziellen Auswirkungen auf die Kantone haben.

3.3 Wirtschaftliche Auswirkungen

Die VE-ZGB und VE-StGB haben grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Wirtschaft.

4 Legislaturplanung

Die Vorlage wurde in der Legislaturplanung 2007 bis 2011 angekündigt⁵⁵.

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit

Die VE-ZGB und VE-StGB stützen sich auf Artikel 122 bzw. 123 BV, wonach die Zuständigkeit für das Zivilrecht und das Strafrecht dem Bund zusteht.

⁵⁵ BBl 2008 824.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	2
1 Ausgangslage	4
1.1 Geschichtlicher Hintergrund	4
1.2 Geltendes Recht	5
1.2.1 Grundzüge	5
1.2.2 Kritik am geltenden Recht	5
1.3 Entstehung des Vorentwurfs für eine Revision des Zivilgesetzbuches	7
1.3.1 Postulat Wehrli	7
1.3.2 Motion der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats	8
1.3.3 Umfrage zum Scheidungsrecht bei Richter/innen und Anwälte/innen sowie Mediatoren/Mediatorinnen (Mai 2005)	8
1.3.4 Schweizerischer Nationalfonds (NFP 52): Kinder und Scheidung: Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge	9
1.4 Rechtsvergleichung und Verhältnis zum internationalen Recht	9
1.4.1 Rechtsvergleichung	9
1.4.2 Verhältnis zum internationalen Recht	12
1.4.2.1 Europarat	12
1.4.2.2 Recht der Europäischen Union	14
1.4.2.3 UNO	14
1.5 Vorgeschlagene Lösung	14
1.6 Gründe für die vorgeschlagene Lösung	15
1.7 Kritik an der gemeinsamen elterlichen Sorge	17
1.8 Andere Anliegen im Zusammenhang mit Kindern	18
2 Erläuterungen zum Vorentwurf	22
2.1 Änderungen des Zivilgesetzbuchs	22
2.2 Übergangsrecht	30
2.3 Schweizerisches Strafbuch	30
3 Auswirkungen	31
3.1 Auswirkungen auf den Bund	31
3.2 Auswirkungen auf die Kantone	31
3.3 Wirtschaftliche Auswirkungen	32
4 Legislaturplanung	32
5 Rechtliche Aspekte	32
5.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit	32